

Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo

REINER SCHULZE*

I. INTRODUCCIÓN

Según puede leerse en las diferentes Comunicaciones de la Comisión europea, 2007 es el año en el que debería estar listo un «marco común de referencia»¹. Existen ya numerosos grupos de trabajo integrados por académicos que a lo largo de los quince últimos años han dedicado sus esfuerzos a buscar principios comunes al Derecho contractual de los Estados miembros². Tales estudios, de base comparativa, coexisten con otros cuyo

* Profesor de Derecho Civil, *Centrum für europäisches Privatrecht* en la *Westfälische Wilhelms-Universität Münster* (Alemania). La traducción del inglés al castellano ha sido realizada por Esther Arroyo i Amayuelas (U. Barcelona) y, en lo que se refiere a la versión castellana de los textos normativos que se utilizan en este artículo, *vid.* las traducciones publicadas en R. ZIMMERMANN, R. SCHULZE, E. ARROYO, *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, de 15 de marzo de 2003, «Un Derecho contractual más coherente—Plan de Acción» (*DO C 63*, de 15 de marzo de 2003, 1); Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, de 11 de octubre de 2004, «El Derecho contractual europeo y la revisión del acervo: perspectivas para el futuro» [COM (2004) 651 final]; *cfr.* el calendario en COM (2004) 651 final p. 10.

² En particular el grupo «Lando», a quien corresponde la autoría de los *Principles of European Contract Law* (PECL); *vid.* O. Lando, H. Beale (eds), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Den Haag, 2000; O. Lando, E. Clive, A. Prüm, R. Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law, Part. III*, New York, 2003; además, *v. gr.* el Grupo de Trento sobre el *Common Core* (<http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/approach.html>); y la Academia de privatistas europeos que trabajan sobre la base de un código que también refleja lo que son las tradiciones de otros Estados miembros: *Code Européen des Contrats – Avant-projet* (ed. de poche revue et corrigée), Milan, 2004; sobre esto, G. GANDOLFI, «Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs» *ZEuP (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht)*, 2002, pp. 1-4.

objeto es la búsqueda y establecimiento de principios comunes del acervo comunitario. Todo ello contribuye por igual a un desarrollo coherente del Derecho contractual europeo³. Desde luego, es beneficioso para las empresas y además posibilita la consecución de las finalidades establecidas en el TUE y TCE: garantiza las libertades comunitarias básicas, la realización del mercado interior y el logro de otros objetivos sociales como la protección al consumidor. Naturalmente, todo ello resulta favorecido por el hecho de que los actos comunitarios en la base de los cuales están los principios a que me refiero, a su vez están orientados al cumplimiento de tales finalidades⁴. Y aun debe añadirse que, en muchos casos, son actos que fueron promulgados como respuesta a nuevos retos económicos y sociales (*v. gr.* la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, las transferencias monetarias internacionales, o la protección del consumidor y el comercio electrónico) a los que el Derecho contractual de la mayoría de los Estados miembros hasta entonces apenas había prestado atención.

Partiendo del ejemplo que proporcionan los deberes precontractuales y la formación del contrato, examinaré a continuación el alcance de los principios que subyacen en los diferentes actos comunitarios para ver hasta qué punto pueden formar parte de un Derecho general de contratos⁵, a pesar de que algunas normas que están en la base de los mismos se refieran específicamente a otras materias. Ya con la mirada puesta en el marco común de referencia, cabrá preguntarse a continuación si tales principios no podrían ser la base de las reglas generales que son necesarias para crear un futuro Derecho contractual europeo más coherente⁶.

³ R. SCHULZE, «European Private Law and Existing EC Law», *ERPL (European Review of Private Law)*, 2005, pp. 3-19; K. RIESENHUBER, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin 2003; sobre la importancia que puede tener el derecho contractual europeo del consumo en el desarrollo futuro del derecho comunitario, G. HOWELLS y T. WILHELMSSON, *EC Consumer Law*, Aldershot, 1997.

⁴ R. SCHULZE, H. SCHULTE-NÖLKE, «Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht», en: H. SCHULTE-NÖLKE y R. Schulze (eds) junto a L. BERNARDEAU, *European Contract Law in Community Law*, Cologne, 2002, pp. 11-20, 14, 16.

⁵ No se puede aludir aquí a todas las áreas, como por ejemplo las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, las cláusulas generales y la entrega de productos no solicitados, o el derecho laboral y de seguros, a pesar de que las previsiones del derecho comunitario en estos ámbitos muy probablemente muestren novedades significativas que debieran ser tenidas en cuenta en la confección de un derecho contractual europeo más coherente en el marco común de referencia.

⁶ Sobre el remarcable trabajo del «Acquis Group», en el cual el autor participa, *cfr.* www.acquis-group.org; R. SCHULZE (*op. cit.* nota 3).

II. PRINCIPIOS GENERALES

1. LIBERTAD CONTRACTUAL

Uno de los principios generales básicos del Derecho comunitario de contratos es la libertad de contratación. Su carácter europeo viene propiciado por la coincidencia que sobre este punto manifiestan todos los Estados miembros pero, sin duda, también viene dado por el hecho de que en sí mismo representa un principio autónomo del Derecho privado comunitario, resultante de los valores en que se inspiran los TUE y TCE. La libertad de contratación es un principio inherente a los valores que rigen el modelo de mercado interior (entre otros, arts. 2 y 3 letra c TCE)⁷ y al reconocimiento de las libertades comunitarias⁸. Efectivamente, la filosofía en que se inspira la economía de mercado y el libre comercio entre los Estados miembros lleva consigo la autodeterminación, tanto para determinar si se desea concluir un contrato como para fijar su contenido⁹. Lo mismo ha reconocido el TJCE¹⁰, al establecer el carácter fundamental del principio de libertad contractual y vincular el término «contrato» a la libertad de consentir en quedar obligado¹¹.

⁷ C.-W. CANARIS, «Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft», en: P. Badura (ed), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, München, 1993, pp. 873-891, 890; E. STEINDORFF, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden, 1996, pp. 27.

⁸ S. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, Berlin 1998, p. 38; H.-W. MICKLITZ, «Der Vertragsbegriff in den Übereinkommen von Brüssel und Rom» en: H. SCHULTE-NÖLKE, R. SCHULZE (eds), junto con L. BERNARDEAU, «*European Contract Law in Community Law*», Cologne 2002, pp. 39-83, 39; K. RIESENHUBER (*op. cit.* nota 3), pp. 240-242; W.-H. ROTH, «Funktionen des privatrechtlichen Vertrages im Gemeinschaftsrecht», en: H. Schulte-Nölke, R. Schulze (eds), junto con L. BERNARDEAU, *ibid.*, pp. 23-28. Adicionalmente, debe hacerse notar que el principio de libertad contractual también se desprende del art. 6 (2) TCE, como consecuencia de la convergencia de tradiciones comunes a todos los Estados miembros, que asumen la libertad contractual en las transacciones privadas como una expresión de la libertad de actuación y el desarrollo de la personalidad; cfr./ G.-P. CALLIESS, «Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips», *JbJZivRWiss (Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler)* 2000, pp. 85-110, 107.

⁹ R. SCHULZE, «Grundsätze des Vertragsschlusses im Acquis communautaire», *GPR (Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht)*, 2005, pp. 56-64, 57 ss.

¹⁰ TPI 18.09.1992, Rs. T-24/90 *Automec SRL/Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rec. 1992, II-2223, Nr. 51, en un caso que tenía que ver con el Derecho de la competencia.

¹¹ En relación con el artículo 5 (1) del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [*DO C 189 de 28.7.1990*] [ahora Reglamento (CE) n° 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [*DO L 12, de 16 de enero de 2001*]>, *vid.* STJCE, de 17 junio de 1992, Caso C-26/91 (Jakob Handte & Co GmbH/Traitement Ménéco-chimiques des Surfaces SA), Rec. 1992, I-3967, par. 15; STJCE 27 octubre, 1998, Caso C-51/97 (Réunion européenne SA u.a./Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV und Kapitän des Schiffs «Alblasgracht V002»), Rec. 1998, I-6511, par. 17.

Además, un buen número de disposiciones del Derecho secundario adoptan ese mismo principio de libertad contractual. Baste con citar que éste resulta expresamente mencionado en los Considerandos 18 y 19 de la Directiva sobre morosidad y que también el Considerando 9 de la Directiva sobre garantía de los bienes de consumo señala *ex profeso* que se respeta el «principio de libertad contractual entre el vendedor, el productor, un vendedor anterior o cualquier otro intermediario». Todavía el Considerando 11 del Reglamento Bruselas-I alude a la autonomía de las partes¹². Como se puede apreciar, en todos los casos se trata de referencias a la libertad contractual dispersas a lo largo de actos comunitarios que responden a políticas comunitarias distintas. Ello evidencia que estamos ante un principio general que se extiende por, o que impregna a, varias áreas del Derecho contractual comunitario.

2. NO DISCRIMINACIÓN

En el Derecho comunitario, igual que en los ordenamientos jurídicos nacionales, la libertad de contratación también está sujeta a varias restricciones. Aquél adopta el principio de no discriminación para evitar restricciones a la libertad contractual y lo hace con mucha más intensidad de lo que –antes de las respectivas transposiciones de las normas comunitarias–, lo hacían las leyes de la mayoría de los Estados miembros. El Derecho comunitario, pues, ha ejercido un rol pionero en el desarrollo del Derecho privado en Europa. La no discriminación se encuentra consagrada en el Derecho primario [especialmente en los art. 6 (1) & (2) TUE; arts. 3 (2), 13, 141 TCE], pero al Derecho contractual le interesan mucho más las directivas que ordenan el principio de tratamiento igualitario entre personas, con independencia del origen racial o étnico¹³ o de género¹⁴, las que establecen un marco general para el tratamiento igualitario en materia de empleo y ocupación¹⁵; y las que aseguran

¹² Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [DO L 12, de 16 de enero de 2001].

¹³ Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 junio 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, de 19 de julio de 2000, 22).

¹⁴ Directiva 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373, de 21 de diciembre de 2004, 37).

¹⁵ Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, de 2 de diciembre de 2000, 16).

un tratamiento igualitario para hombres y mujeres en la vida laboral^{16, 17}. Todas estas normas demuestran que, en tema de formación del contrato, el *acquis communautaire* va mucho más allá de lo que jamás hayan podido ir los PECL o cualquier otro proyecto que pretenda la creación de un Derecho contractual europeo¹⁸. Es de suponer, pues, que el marco común de referencia y su posterior desarrollo deberán basarse en el Derecho comunitario mucho más que en los tradicionales PECL.

3. IGUALDAD CONTRACTUAL

Todas las disposiciones del Derecho comunitario que inciden sobre la libertad de contratar se caracterizan porque procuran el aseguramiento de la libertad de decidir si se quiere o no celebrar un contrato, de manera que, en definitiva, los límites a tal libertad son su garantía. En particular, son numerosas las previsiones del Derecho comunitario que en determinadas situaciones contractuales compensan ciertas ventajas estructurales típicamente establecidas en favor de una de las partes. Son proporcionalmente menores las escasas previsiones que, por el contrario, limitan la libertad contractual con el fin de proteger otros principios y finalidades comunitarios como, por ejemplo, la preservación del medio ambiente (art. 174 TCE) o el patrimonio cultural (art. 151 TCE)¹⁹.

Existen numerosas previsiones que, junto a la integración del mercado, tienden sobre todo a la protección del consumidor (art. 153 EC). Las Directivas garantizan la igualdad contractual e intentan preservar la libertad de decisión sobre la oportunidad de celebrar un contrato, por ejemplo a través del establecimiento de un derecho de desistimiento, supuesto que el contrato se celebre por sorpresa fuera de un establecimiento comercial²⁰, o ante la

¹⁶ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (DO L 269, de 5 de octubre de 2002, 15).

¹⁷ Con más detalle, L. WADDINGTON, M. BELL, «More Equal Than Others: Distinguishing European Union Equality Directives», *CML Rev (Common Market Law Review)* 38 (2001), pp. 587-611; U. RÜST *et alii* (eds.), *Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland*, Loccum, 2003.

¹⁸ Por ejemplo, el anteproyecto llevado a cabo por la Academia de privatistas europeos (*op. cit.* nota 2).

¹⁹ *Cfr.* Directiva 93/77/EEC, del Consejo, de 15 marzo 1993, relativa a la restitución de los bienes culturales que hayan salido ilegalmente del territorio de un Estado miembro (DO L 74 de 27 de marzo de 1993, 74).

²⁰ Arts. 4, 5 Directiva 85/577/CEE, del Consejo, de 20 de diciembre 1985, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 372, de 31 de diciembre de 1985, 31) (Directiva sobre ventas a domicilio).

falta de información sobre el objeto del contrato en las ventas a distancia ²¹. Las normas imperativas del Derecho de consumo restringen la libertad de contratación, pero a la vez también la protegen, porque tratan de garantizar la paridad contractual siempre que falte el equilibrio estructural. El Derecho europeo de consumo, con ser todavía claramente insuficiente ²², en los últimos veinte años ha asumido un rol pionero, sobre todo si se compara su evolución con la que ha experimentado el Derecho de otros Estados miembros y, parecidamente a lo que ocurre con el principio de no discriminación, las contribuciones que permitan desarrollar el marco común de referencia pueden nutrirse más de los principios que proporciona el *acquis communautaire* (si bien teniendo también en cuenta la transposición de las directivas en los Estados miembros) que del denominador común que ofrecen las tradiciones jurídicas de los Estados miembros ²³.

4. DERECHO CONTRACTUAL GENERAL Y DERECHO DEL CONSUMO

Ya se ha dicho que las previsiones sobre protección al consumidor tienden a remediar un desequilibrio contractual. Es obvio, pues, que no todos los principios del Derecho de consumo podrían ser aplicados por igual al Derecho contractual general, aunque sí sirvan para otras situaciones en las que se presente un desequilibrio similar. Con todo, esto no quiere decir que las previsiones de las que parte el Derecho de consumo no sean también las previsiones sobre las que se basa el Derecho contractual general. La libertad contractual ²⁴ o la no discriminación, por ejemplo, pueden encontrarse en el Derecho del consumo no menos –y seguramente mucho más– que en otros ámbitos.

²¹ Art 6 Directiva 97/7/CE, del Parlamento y del Consejo, de 20 mayo 1997, sobre protección a los consumidores en los contratos a distancia (*DO L 144*, de 4 de junio de 1997, 19) (Directiva sobre ventas a distancia).

²² G. HOWELLS, T. WILHELMSSON, «EC Consumer Law: Has it Come of Age?», *EL Rev. (European Law Review)*, 28 (2003), pp. 370-388.

²³ No es posible referirse aquí a todas las previsiones del Derecho comunitario, a parte del Derecho que tiene por objeto la protección del consumidor, que garantizan la libertad contractual en situaciones de desigualdad estructural. Por ejemplo, en el Derecho laboral o en el contexto del crédito de las pequeñas y medianas empresas, cfr. Considerando 19 Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (*DO L 35*, de 8 de agosto de 2000, 35) (Directiva sobre morosidad).

²⁴ Cfr. Considerando 9 Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (*DO L 171*, de 7 de julio de 1999, 12) (Directiva sobre garantía de las ventas de consumo).

A la hora de confeccionar un marco común de referencia y buscar principios del Derecho contractual europeo dentro del *acquis communautaire* es necesario realizar una cuidada distinción²⁵. Por un lado, no hay otro ámbito en el que el Derecho comunitario haya generado más derecho contractual que el que se refiere al Derecho del consumo y de ahí que éste no pueda de ningún modo quedar excluido como posible fuente de principios generales del Derecho europeo contractual comunitario. Pero, por otro lado, el Derecho de consumo está basado en muy gran medida en nociones y principios que sirven a una función muy específica de protección a una de las partes contractuales y, por lo tanto, desde esa perspectiva, mal podría ser visto como Derecho contractual general.

Es decir, el Derecho de consumo debe ser integrado en el marco común de referencia, junto con el Derecho contractual general, porque parte de sus mismos principios generales; por ejemplo, en relación con la determinación de los acuerdos que sirven de base para entender concluido un contrato,²⁶ su cumplimiento, o la morosidad. Pero como, al mismo tiempo, el Derecho del consumo sirve a fines específicos y, en parte, se comporta autónomamente, de acuerdo con sus propios principios, es obvio que no es posible generalizar muchos de ellos. Por eso, dentro del diseño sistemático del Derecho contractual europeo, siempre debe quedar claro qué reglas y principios se aplican específicamente a los contratos de consumo —esto es, a los contratos entre empresas y consumidores (B–C = Business to Consumers). Puesto que el desequilibrio es inexistente en otros contratos, especialmente en los B–B (= Business to Business), no se aplican las previsiones del Derecho del consumo. Eso debe quedar meridianamente claro cuando se proceda a redactar el marco común de referencia y luego también en su aplicación. Desde luego, es perfectamente posible pensar en un Derecho general de contratos que, por un lado, tenga reglas específicas para los contratos B–C y, por el otro, para los contratos B–B, tal y como es el caso en los códigos civiles de muchos Estados miembros; por ejemplo, los Países Bajos y, hasta hace muy poco tiempo, Italia²⁷.

²⁵ R. SCHULZE, H. SCHULTE-NÖLKE (*op. cit.* nota 4).

²⁶ *Vid.* IV 1.

²⁷ Entrada en vigor de un *Codice del consumo* italiano en fecha de 23 de octubre de 2005 (GU núm. 235 del 8 de octubre de 2005 - Suppl Ordinario núm. 162).

III. DEBERES PRECONTRACTUALES

Los deberes precontractuales y, especialmente, los de información, tienen una extraordinaria importancia en el Derecho contractual europeo y por eso deben ser tomados debidamente en consideración a la de elaborar el marco común de referencia²⁸. En ningún otro ámbito han acordado las normas comunitarias mayor impulso al desarrollo de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros²⁹. Éste se traduce, ya en la implementación voluntaria de medidas que exceden de la finalidad protectora establecida en las directivas, ya en cambios en el esquema y en la terminología del Derecho del consumo y/o del Derecho civil³⁰. El tema merece ser muy especialmente tenido en cuenta en los trabajos preparatorios del marco común de referencia, aunque, en este artículo, sólo van a ser tenidos en cuenta determinados aspectos.

Para empezar, debe hacerse notar que los deberes precontractuales aparecen principalmente en las Directivas promulgadas en el ámbito del Derecho del consumo³¹, sin perjuicio de ser igualmente mencionados en otros sectores como el Derecho de la competencia³². Esencialmente, se trata de deberes de información cuya utilidad en relación con las específicas necesidades de protección del

²⁸ Efectivamente, se señala como materia necesitada de coherencia (cfr. Par. 16 del Plan de Acción, *op. cit.* nota 1) y han sido ya tomados en consideración en los trabajos del *Acquis Group* (<http://www.acquis-group.org>). Las siguientes informaciones son en parte el fruto de las discusiones llevadas a cabo en su seno, a partir del *paper* redactado por T. Wilhelmsson; sobre la base de estos trabajos, se prepara un texto articulado cuya publicación está prevista para el año 2006.

²⁹ Para una perspectiva general de los deberes precontractuales en el Derecho comunitario, *vid.* G. HOWELLS, S. WEATHERILL, *Consumer Protection Law*, 2nd ed, Aldershot, 2005, pp. 23-25 y 31-35.

³⁰ Por ejemplo, en Alemania, el término «*Informationspflichten*» coexiste con la expresión tradicional «*Aufklärungspflichten*» y aunque ambas significan «deberes de información», la primera ha acabado siendo una categoría fundamental del Derecho civil, gracias sobre todo a la influencia del Derecho comunitario. *Vid.* por ejemplo, el *Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht* de 2 de enero de 2002, que fundamentalmente tiene por objeto la transposición de Directivas comunitarias.

³¹ C. TWIGG-FLESNER, «Information Disclosure about the Quality of Goods-Duty or Encouragement?», en: G. HOWELLS, A. JANSSEN, R. SCHULZE (Eds.), *Information Rights and Obligations*, Aldershot 2005, pp. 135-153; K. RIESENHUBER (*op. cit.* nota 3), pp. 282-311; S. GRUNDMANN «Privatautonomie im Binnenmarkt- Informationsregeln als Instrument», *JZ (Juristenzeitung)*, 2000, 1133-1143; B. HEIDERHOFF, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts*, München, 2004, pp. 266-278; y en todos ellos más bibliografía.

³² Como la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de mayo 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (*DO L* 149, de 11 de junio de 2005, 22); sobre ello, R. SCHULZE, A. JANSSEN, «The Law on Unfair Commercial Practices in EU Member States», *ELF (The European Legal Law Forum)*, 2004, pp. 77-85.

consumidor ha sido, por cierto, cuestionada³³. La discusión requeriría un análisis detallado en el que ahora no puedo entrar; también requeriría mayor atención la cuestión de si el marco común de referencia, de conformidad con los principios del Derecho comunitario, debería incluir otro tipo de deberes precontractuales e instrumentos de protección y, por ejemplo, para el caso de ruptura abrupta de las negociaciones precontractuales o contravención de la buena que debe presidir toda negociación y frustración de las legítimas expectativas del cocontratante.

Con vistas a determinar el significado de los deberes precontractuales en el Derecho de consumo, lo primero que se debe hacer es distinguir los principios que derivan del Derecho de consumo de los del Derecho contractual general. Por ejemplo, el artículo 2 de la Directiva sobre garantías en las ventas de consumo sólo se aplica a los contratos de compraventa celebrados con consumidores. Pero posiblemente la norma contenga también una noción general del Derecho de contratos sobre la cual basar la idea de lo que deba entenderse por «expectativa razonable» de una de las partes. Además, valdría la pena considerar –aunque desde luego no existe un deber general de las partes de proporcionarse información recíproca– si no sería conveniente que, en situaciones concretas y, como mínimo, entre profesionales, el Derecho contractual general europeo impusiera un deber de informar a la otra parte, *v. gr.* cuando los bienes o servicios no cumplan con las condiciones que permiten utilizarlos conforme con su destino ordinario o no se ajusten al test de calidad que el consumidor pueda esperar, según lo previsto por el artículo 2 de la Directiva sobre garantías de la venta de bienes de consumo (conforme con el art. 35 CISG)³⁴.

Con todo, y como ya se ha advertido, la mayoría de deberes de información contractual se sitúan en el ámbito del Derecho de consumo y por eso mismo no pueden diseñarse reglas generales para el Derecho de contratos a partir de tal regulación. Pero, dentro de aquel mismo contexto y con la finalidad de lograr una mayor coherencia, sí que es posible establecer una jerarquía de principios o reglas generales. Seguro que éstas abarcarían muchos más detalles y proporcionarían mayor información sobre la formación del contrato de la que ahora es posible obtener a partir del catálogo de disposiciones fragmentarias en que consiste la actual regulación.

³³ Con perspectivas distintas, *vid.* T. WILHELMSSON, «Varieties of Welfarism in European Contract Law», *ELJ (European Law Journal)*, 2004, pp. 712-733, 719; y M. MARTINEK, «Unsystematische Überregulierung und konstraintionale Effekte im europäischen Verbraucherschutzrecht, oder: Weniger wäre mehr» en S. GRUNDMANN (ed.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des europäischen Privatrechts*, Tübingen, 2000, pp. 511-557, 518.

³⁴ Para mayor detalle, *vid.* la *discussion* del citado *paper* de T. Wilhelmsson (*op. cit.* nota 28).

Al Derecho de consumo le es inherente el conflicto de intereses entre consumidores y empresarios y, por eso, la problemática sobre su regulación no se limita a meras cuestiones de ordenación sistemática, sino que más bien afecta a cuestiones de política jurídica. Así, por poner un ejemplo especialmente relevante: los deberes de información regulados en las directivas que se ocupan de determinados contratos con consumidores (distancia, fuera de establecimientos comerciales, garantía ventas de consumo), combinados con las previsiones de la Directiva sobre cláusulas abusivas, podría dar lugar a una propuesta que consistiera en la regulación de un deber general de información para todos los contratos con consumidores³⁵. Pongamos, por ejemplo, en relación, la previsión del Anexo 1 i) de esta últimamente citada directiva, según la cual es abusiva la cláusula por la que se obliga al consumidor a adherirse a determinadas cláusulas sin que realmente haya podido conocerlas antes de celebrar el contrato, con el artículo 5, según el cual las cláusulas escritas siempre deben estar redactadas en un lenguaje claro y comprensible. Si se llegara a la conclusión de que en esta última disposición el adjetivo «comprensible» no significa lo mismo que «claro», entonces podría concebirse una regla general que expresara que el proveedor tiene la obligación de explicar el contenido de las cláusulas a, por ejemplo, los consumidores que no los pueden comprender (como consecuencia de, *v. gr.*, la terminología legal o técnica empleada). Según esta regla, *un proveedor profesional tendría la obligación de explicar al consumidor el contenido de las cláusulas incluidas en el contrato, siempre que aquél albergara legítimas expectativas a la obtención de tal información, con el fin de tener una razonable oportunidad de familiarizarse con el texto*. A partir de esta norma y como consecuencia del tan generosamente interpretado principio de transparencia, la protección del consumidor acabaría viéndose claramente ampliada; esto revela la dimensión política de los esfuerzos por superar el carácter «fragmentario» de las previsiones actuales en materia de Derecho de consumo.

IV. FORMACIÓN DEL CONTRATO

1. ACUERDO MEDIANTE OFERTA Y ACEPTACIÓN

a) *Acuerdo*. En el Derecho comunitario, el acuerdo contractual tiene fuerza vinculante y obliga a las partes a cumplir con lo

³⁵ Cfr. discusión del *paper* de T. Wilhelmsson (*op. cit.* nota 28).

pactado, tal y como demuestran numerosas directivas ³⁶, ha sido analizado con detalle por parte de la doctrina ³⁷, y asume igualmente la jurisprudencia del TJCE ³⁸.

El reconocimiento del acuerdo de las partes y su intención de quedar vinculadas es, pues, una regla básica del Derecho comunitario que debería quedar reflejada en el marco común de referencia. Por el contrario, no existe soporte normativo alguno en el *acquis communautaire* que permita establecer un requerimiento adicional como la «*consideration*», propia de los sistemas de *Common Law*. Por lo tanto, una norma de carácter general sobre la formación del contrato, redactada sobre la base del derecho comunitario existente, podría tener una redacción muy similar a la del artículo 2:101 PECL a pesar de que éste fue formulado sobre una base distinta: «*[E]l contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando las partes tienen la intención de obligarse legalmente y alcanzan un acuerdo suficiente*».

b) *Oferta y Aceptación*. Desde luego, el actual Derecho comunitario no contiene una regulación completa acerca de la forma y los requisitos a partir de los cuales podría entenderse alcanzado un acuerdo suficiente entre las partes. Pero sí que existe una serie de directivas que inciden en el patrón basado en el acuerdo mediante el intercambio de oferta y aceptación ³⁹. Este modelo encuentra incluso apoyo en la jurisprudencia del TJCE ⁴⁰. Con todo, ni las directivas ni la jurisprudencia evidencian la necesidad de otros requisitos. Por tanto, la regla que deriva directamente del Derecho comunitario requeriría una considerable concreción que debería provenir de otras fuentes básicas, tal y como por otra parte permite el Plan de Acción de la Comisión ⁴¹. Podría, pues, comple-

³⁶ Con detalle, K. RIESENHUBER (*op. cit.*, nota 3), p. 312, notas 2-4.

³⁷ K. RIESENHUBER (*op. cit.* nota 3), pp. 312-325, con más referencias; R. SCHULZE (*op. cit.* nota 9), p. 59.

³⁸ STJCE, de 11 julio 2002, Caso C-96/00 (*Rudolf Gabriel*), Rec. 2002, I-6367 par. 48 ss; STJCE 3 julio 1997, Caso C-269/95 (*Benincasa/Dentalkit*), Rec. 1997, I-3767, par. 29.

³⁹ Especialmente, art. 9, 2 guión Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21) y art. 9, 2 guión Directiva 2002/65/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 septiembre 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (*DO L 271*, de 9 de octubre de 2002, 16) (Directiva sobre servicios financieros a distancia); adicionalmente, por ejemplo, art. 1 (3) y (4) de la Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20) (oferta y aceptación); art. 3 (3) Recomendación de la Comisión 94/820/EC, de 19 de Octubre 1994, relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (Texto pertinente a los fines del EEE) (*DO L 338*, de 28 de diciembre de 1994, 98), artículo 3.3 del Apéndice.

⁴⁰ Por ejemplo, STJCE 11 julio 2002, Caso C-96/00 (*Rudolf Gabriel*), Rec. 2002, I-6367, par. 48 ss.

⁴¹ Par. 53 del Plan de Acción (*op. cit.* nota 1).

tarse tomando en consideración los artículo 2:101 ss. PECL y los artículos 14 ss. CISG.

c) «*Oferta pública*». Cuando el contrato se perfecciona mediante el intercambio de oferta y aceptación, presenta especial dificultad distinguir cuándo una declaración debe ser calificada como oferta en sentido jurídico, de manera que su aceptación perfeccione el contrato y, por tanto, nazcan obligaciones contractuales como consecuencia del intercambio de declaraciones, o bien como simple invitación a hacer ofertas (*invitatio ad offerenda*). El problema se plantea sobre todo en relación con las declaraciones públicas. La CISG y los PECL no proporcionan soluciones armónicas: según el artículo 14 (2) CISG una declaración que no esté dirigida a una o más personas concretas y determinadas es considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a no ser que la persona que haga la propuesta indique lo contrario. Por el contrario, el art. 2:201 (3) PECL establece que una propuesta hecha por un profesional, en anuncios, por catálogo o mediante la exposición de mercancías, de suministrar bienes o servicios por un precio determinado, se entiende como oferta de vender o de suministrar al precio indicado hasta que se agoten las mercancías almacenadas o la capacidad del profesional de prestar el servicio.

El Derecho comunitario no se decanta por ninguna solución pero, por lo menos, permite presumir que la publicidad, los catálogos y otras declaraciones públicas (no dirigidas a personas concretas y determinadas) pueden tener efectos vinculantes si el contrato se llega a celebrar⁴². Esto no convierte a tal declaración contractual en una oferta; simplemente demuestra que el Derecho comunitario protege las legítimas expectativas del consumidor, cuyo origen se encuentra en las declaraciones públicas realizadas por los profesionales⁴³. Tal constatación apoya la idea de que la presunción del artículo 2:201 (3) PECL está más cerca de los valores del Derecho comunitario de lo que lo está la CISG y, por tanto, que la norma podría ser perfectamente incorporada en el marco común de referencia.

⁴² Cfr. art. 2.2 d, art. 2.4, art. 6 Directiva sobre garantía de las ventas de consumo (*op. cit.* nota 24); art. 3 Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO L 158, de 23 de junio de 1990, 59) (Directiva sobre viajes combinados); *vid.* IV 3.

⁴³ Cfr. La *discussion del paper* realizado por el grupo sobre «Formación del Contrato» en el seno del *Acquis Group* (*vid.* nota 6) basada en la propuesta realizada por Peter Møgelvang-Hansen; a publicar en el año 2006. Con más detalle, sobre la noción de «expectativas legítimas» sen el Derecho comunitario, *vid.* la tesis de E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrat*, Reims, 2004 (todavía inédita).

2. FORMACIÓN DEL CONTRATO MEDIANTE OTRAS CONDUCTAS

Un examen de las numerosas ocasiones en las que el Derecho comunitario se pronuncia sobre la formación del contrato demuestra que el mecanismo por excelencia es el intercambio de voluntades mediante la oferta y la aceptación. Con todo, no parecen existir obstáculos para entender que éste puede no ser el único modelo. Más bien parece que el Derecho contractual europeo deja la cuestión abierta a otras posibles formas de conclusión del contrato, especialmente si se tiene en cuenta la gradual consolidación del uso de cartas de intenciones, en virtud de las cuales las partes expresan los puntos sobre los que se ha llegado ya a un acuerdo y los que todavía falta por negociar, en franca correspondencia con las soluciones que exigen las necesidades del mercado y las prácticas comerciales⁴⁴, para las que el rígido esquema de la oferta y de la aceptación se ha revelado ineficaz⁴⁵, precisamente por la dificultad de determinar cuándo se produce ese «momento mágico» en el que tales declaraciones coinciden⁴⁶. Por lo tanto, lo adecuado sería que el marco común de referencia reflejara esa apertura hacia otras formas de acuerdo contractual, sobre la base de la libertad contractual. Adicionalmente, podría tomarse en consideración la disposición del artículo 2:211 PECL que de manera bastante flexible admite que las reglas sobre la formación del contrato *se apliquen incluso cuando su conclusión no pudiera analizarse en términos de oferta y aceptación*.

3. EFICACIA VINCULANTE DE LAS DECLARACIONES PRECONTRACTUALES

a) Declaraciones realizadas por un contratante. Un aspecto novedoso del Derecho comunitario es la importancia que éste otor-

⁴⁴ En relación con la libre circulación de mercancías, la Convención de Viena no condiciona la formación del contrato a la aceptación de una oferta contractual, cfr. P. SCHLECHTREIM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2.ª edición inglesa, Munich 2005, Introducción a los artículos 14-24, núm. 2.

⁴⁵ M. FONTAINE, *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslanghe*, Brussels, 2000, pp. 115 ss; M. DEMOULIN, D. MOTERO, «La conclusion des contrats par voie électronique», en: M. FONTAINE (ed.), *Le processus de formation du contrat*, Brussels/Paris, 2002, pp. 693-788, 769 ss; M. SIEMS, «Unevenly Formed Contracts: Ignoring the Mirror of Offer and Acceptance», *ERPL (European Review of Private Law)* 2004, pp. 771-788; R. SCHULZE (*op. cit.* nota 9), pp. 60 ss.

⁴⁶ Sobre esto, S. VAN ERP, *Contract als Rechtsbetrekking*, Tilburg, 1990; T. PFEIFFER, «Der Vertragsschluss im Gemeinschaftsrecht», en R. SCHULZE, M. EBERS, H. C. GRIGOLEIT (eds), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen 2003, pp. 103-115.

ga a las declaraciones precontractuales, mucha más de la que tradicionalmente han proporcionado los códigos civiles de la mayoría de los Estados miembros ⁴⁷. En la compraventa, vid., por ejemplo, los arts. 2 (2) *d* y 6. 1 (2) *e* de la Directiva sobre garantía en la venta de bienes de consumo ⁴⁸. Las declaraciones públicas, especialmente las que resultan de la publicidad y el etiquetado, vinculan al vendedor, incluso si éste nunca hubiese querido incorporarlas en el contrato en el «momento mágico» de intercambio de declaraciones y aunque el comprador no lo sepa. Basta con que éste pudiese haber estado influido por tales informaciones para que no se aplique ninguna de las excepciones previstas en el artículo 2 (3) y (4) de la citada Directiva. De manera similar, el organizador de un viaje combinado también queda vinculado por las informaciones que proporcione en los catálogos con carácter previo a la celebración del contrato, tal y como especifica el artículo 3 (2) de la Directiva sobre viajes combinados.

Las declaraciones precontractuales realizadas por una de las partes pueden, pues, tener efecto vinculante y pasar a formar parte del contrato aunque la parte que las emita no las haya incluido en su oferta o en cualquier otra declaración directamente dirigida al cocontratante con la finalidad de celebrar el contrato. Ni siquiera es necesario que la otra parte tenga noticia de la existencia de tales declaraciones, supuesto que hubiera podido llegar a conocerlas. Por tanto, si bien el acuerdo constituye la base para el nacimiento de derechos y deberes contractuales, no es, desde luego, el único factor que determina el contenido y el alcance del contrato puesto que, además, hay que tener en cuenta los deberes derivados de las declaraciones públicas realizadas con anterioridad a su celebración. Esta vinculación sirve para proteger al otro contratante, porque se supone que son las declaraciones públicas las que han influido en su decisión de celebrar el contrato, sin que se deba probar caso por caso que efectivamente así ha sido. Así pues, el Derecho contractual europeo no ignora el importantísimo significado que en el proceso de formación del contrato tiene para el tráfico económico actual la publicidad y cualquier otro tipo de declaraciones dirigidas al público. Más aún, el Derecho contractual europeo asume la dificultad probatoria de la efectiva influencia ejercida sobre el contratante como consecuencia de tales declaraciones.

⁴⁷ Este moderno desarrollo del Derecho europeo se refleja ya, por el contrario, en el art. 6:101 (2) y (3) PECL.

⁴⁸ Con mayor detalle, H. BEALE, G. HOWELLS, «EC Harmonisation of Consumer Law – A Missed Opportunity?», 12 (1997) *JCL (Journal of Contract Law)*, pp. 21-46, 30; K. RIESENHUBER (*op. cit.* nota 3), pp. 359-375; J. HOMANN, *Werbeaussagen und Käufererwartungen*, Cologne & otros 2004, pp. 190 ss.

Con todo, ello no constituye un desafío al principio de libertad contractual o a la preeminencia de la autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato, puesto que el contratante que ha realizado una tal declaración precontractual siempre puede desvincularse de la misma mientras el contrato no llegue a celebrarse, mediante una nueva declaración que contradiga la anterior; en cualquier caso, le corresponderá la carga de tener que demostrar que tal declaración había sido corregida en el momento de celebrar el contrato ⁴⁹.

Un ulterior desarrollo del Derecho contractual europeo plantea la cuestión de si las declaraciones precontractuales sólo tienen eficacia, en situaciones concretas, en favor de la parte a quien la ley considera necesitada de protección especial, o bien si las reglas actuales deben ser contempladas como expresión de un principio general mucho más amplio. Las actuales normas se encuadran en el contexto de las ventas de consumo y los viajes combinados, lo cual llevaría a pensar lo primero. Permite dudarlo, sin embargo, el hecho de que la Directiva sobre viajes combinados otorgue efectos vinculantes a las declaraciones precontractuales, no sólo frente a los consumidores en sentido estricto (equivalente a «no-profesionales»), sino también frente a los empresarios ⁵⁰. En términos de política legislativa y a los efectos de perfilar un proyecto, debe siempre tenerse en cuenta que la enorme influencia que sobre el contratante tiene la publicidad, los catálogos, la información por internet y cualquier otra forma a través de la cual se realicen declaraciones públicas, nunca se limita a los contratos B-C, ni se circunscribe a casos especiales, sino que cada vez más tiene lugar en los contratos B-B. Aún más, la experiencia de algunos Estados miembros demuestra que es perfectamente viable la posibilidad de extender el efecto vinculante de las declaraciones contractuales más allá de los contratos de consumo, bien a las declaraciones emitidas por los proveedores profesionales (también en los contratos B-B, siempre que no resulte expresamente excluido por las partes), bien, de manera más general, a todas las declaraciones públicas de proveedores que no sean profesionales (como en Alemania, § 434.1, II y III BGB para los contratos de compraventa) ⁵¹.

⁴⁹ *Cfr.* art. 2 (4), 2.º guión Directiva sobre garantía de la venta de bienes de consumo (*op. cit.* nota 24); art. 3 (2), primer guión Directiva sobre viajes combinados (*op. cit.* nota 42).

⁵⁰ Por ejemplo, cuando un empresario compra un paquete turístico para una excursión con la empresa. La definición del artículo 2.4 de la Directiva sobre viajes combinados es más amplia que la de otras Directivas.

⁵¹ Tal distinción no se producirá con frecuencia en la práctica, puesto que la autoría de las declaraciones públicas corresponde en la mayoría de casos a los proveedores profesionales.

b) *Declaraciones de terceros.* Un rasgo característico del Derecho comunitario es que el efecto vinculante de las declaraciones precontractuales también puede afectar a las declaraciones realizadas por terceros. Resulta, pues, que el Derecho contractual europeo no se limita a incorporar a los terceros en relación con los deberes que resultan de la conclusión de un contrato –lo cual permite a los Estados miembros prever la posibilidad de que el comprador pueda interponer directamente una acción contra el proveedor, limitando de esta manera el principio de relatividad contractual– sino que también contempla la posibilidad de que las declaraciones públicas realizadas por terceros incidan directamente en el contenido y la finalidad del contrato y, por ende, en los derechos y deberes contractuales, sin necesidad de que los contratantes incorporen expresamente tales declaraciones en el contrato. Esto –igual que el efecto vinculante de las declaraciones públicas de los contratantes– se deduce del artículo 2.2 *d* de la Directiva sobre garantía de las ventas de consumo y de los artículos 2, núm. 2 y 3.2 de la Directiva sobre viajes combinados y, consecuentemente, se aplica a las declaraciones públicas, especialmente a la publicidad y el etiquetado de un producto realizados por el productor o su representante y a los catálogos de los organizadores de viajes, que venden los paquetes turísticos a través de un agente.

Con la mirada puesta en un futuro y más coherente Derecho contractual europeo, debería cuestionarse si las previsiones actuales del Derecho comunitario deberían ser contempladas de manera restrictiva o si, todo lo contrario, deberían servir para pergeñar una regla general. Las razones que antes se han dado en relación con las declaraciones públicas precontractuales provenientes de uno de los contratantes ⁵², también serían aplicables a este caso, esto es, a las declaraciones públicas de terceros (por ejemplo, el productor en el contexto de la venta o un tercero en un contrato de distribución de servicios).

4. PROMESAS UNILATERALES

Junto con el contrato alcanzado mediante acuerdo, la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros reconoce efecto vinculante a las promesas unilaterales, a pesar de ser distintas las circunstancias y de que varían los requisitos. Por ejemplo, éstas son ampliamente reconocidas en ciertos ordenamientos nór-

⁵² *Vid.* IV 4 a).

dicos⁵³, pero se admiten con carácter más restrictivo en el Derecho alemán⁵⁴. También la reconocen los PECL, aunque seguramente con un alcance mucho mayor de lo que actualmente sería el núcleo común a esta materia en todos los Estados miembros. Así, el artículo 2:107 PECL establece que: «[U]na promesa hecha con la intención de obligarse jurídicamente sin necesidad de aceptación, es vinculante».

El Derecho comunitario no contempla previsión alguna en este sentido. Sin embargo, sería deseable clarificar el alcance de las promesas unilaterales en el Derecho contractual europeo a la hora de elaborar el marco común de referencia, aunque sólo fuera porque, especialmente desde el punto de vista de los Derechos nórdicos, se plantea la duda de hasta qué punto las disposiciones protectoras del Derecho comunitario (*v. gr.* el Derecho de consumo) deben ser aplicables a las promesas unilaterales que, en el contexto de una relación negocial de larga duración, en la práctica conduce a la conclusión del contrato. Tampoco convence demasiado que, en el contexto de una relación contractual compleja, la Directiva sobre morosidad no sea aplicable sólo porque la obligación contraída lo sea en virtud de una promesa unilateral. Excede del objetivo de estas páginas determinar si tal regulación merece una redacción como la del artículo 2:107 PECL o si más bien debería redactarse un precepto con mayor concisión y menor alcance, de la misma manera que tampoco puede ser tratada ahora la cuestión relativa a los requisitos de la declaración, o, dicho de otro modo, la determinación de cuándo debe entenderse que ésta llega a la otra parte o al público en general.

V. DERECHO DE DESISTIMIENTO

1. CONCEPTO

La noción de desistimiento juega un importantísimo papel en el desarrollo del Derecho contractual europeo. A lo largo de los últimos años, el Derecho privado de los Estados miembros ha recibido la enorme influencia del Derecho comunitario en esta materia. A

⁵³ P. MØGELVANG-HANSEN, en B. DAHL *et alii* (eds.), *Danish Law in a European Perspective*, Copenhagen, 2002, pp. 237 ss.

⁵⁴ Sobre todo a partir de la regulación de la promesa pública de recompensa regulada en los §§ 657 ss BGB; adicionalmente, la vinculación unilateral a la propia oferta, en base al § 145 BGB, también podría ser considerada una especie de promesa unilateral con especial valor en relación con la formación del contrato; sobre esto, E. A. KRAMER, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4th ed., München, 2001, § 145 BGB núm. 6 ss.

pesar de las diferentes definiciones proporcionadas por las Directivas⁵⁵, este remedio propio del Derecho del consumo está basado en una noción común a todas ellas⁵⁶. Efectivamente, todas las normas comunitarias parten de la existencia de situaciones especiales en las que el contrato se forma en circunstancias tales que la ley presume que uno de los contratantes es digno de ser protegido. Así ocurre con los contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales o las ventas a distancia –en los que la iniciativa de la contratación corresponde al empresario–, o con los apartamentos en régimen de tiempo compartido y los contratos de seguros –esta vez, debido a la especialidad del objeto de la contratación. Como consecuencia de esta situación estructural de desequilibrio contractual, se autoriza a la parte débil de la relación a desistir, bien del contrato, bien de la declaración de voluntad en la que manifestaba su deseo de contratar, sin necesidad de alegar causa o razón alguna.

Si se compara tal derecho con el Derecho general de rescisión del contrato y de revocación de las declaraciones de voluntad, en los ordenamientos jurídicos nacionales y en los artículos 15(2), 16 CISG y artículos 1:303(5), 2:202 PECL, fácilmente se constatarán las diferencias. Efectivamente, en el Derecho comunitario, el derecho de desistimiento se limita a ciertas situaciones que reclaman la protección del consumidor y, además, se trata siempre de ejercer ese derecho tras la conclusión de un contrato. La finalidad principal de tales disposiciones es, generalmente, la de otorgar a uno de los contratantes (aquél que se encuentra en una situación de inferioridad) un periodo de reflexión sobre las consecuencias del contrato que acaba de celebrar (es el llamado «*cooling-off period*») y, en su caso, para recabar información. Por tanto, tales disposiciones no se aplican en caso de incumplimiento contractual, ni tampoco exigen que se haya producido un cumplimiento defectuoso [como, por el contrario, sí que sería el caso de la resolución en los ordenamientos nacionales, también prevista en el art. 3 (2) y (5) de la

⁵⁵ Cfr., por ejemplo, art. 5 Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21): «derecho de resolución»; art. 6 Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39): «derecho de rescisión»; artículo 5 Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20) («renuncia»); art. 5 Directiva 94/47/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DO L 280, de 29 de octubre de 1994, 83) (Directiva sobre tiempo compartido) («resolver»). Para una perspectiva crítica de tal incoherencia terminológica, B. POZZO, «Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology», *ERPL (European Review of Private Law)*, 2003, pp. 754-767, 764 ss.

⁵⁶ Las precisiones que siguen a continuación están en parte basadas en R. SCHULZE (*op. cit.* nota 9), pp. 61 ss., así como en las discusiones del *paper* del grupo de trabajo sobre «Formación del Contrato» en el seno del grupo *Acquis* (*vid.* nota 43).

Directiva sobre garantía en las ventas de consumo, o en los arts. 49 CISG y 9:301 ss PECL]. Además, el desistimiento no tiene nada que ver con el error o el dolo o cualquier otro vicio sancionado por el derecho como sí que es el caso, por el contrario, con la invalidez, la nulidad, o la anulabilidad en los Estados miembros. El derecho de desistimiento unilateral queda desvinculado de la validez del contrato y, como ya se ha dicho, no se exige alegar ningún motivo para ejercerlo, siempre que la ley lo autorice y con la única exigencia de cumplir la parte a la que se le otorgue cumpla con los requisitos de tiempo y forma exigidos.

Desde un punto de vista sistemático, el derecho que tiene una persona a quedar desvinculada de un contrato o de una declaración no tiene por qué ubicarse necesariamente en sede de Derecho de consumo. Aunque, efectivamente, el desistimiento proviene de este sector, en realidad puede entenderse que su finalidad última es proteger a la parte que ha celebrado un contrato sin apenas reflexionar, lo que le coloca en una posición de inferioridad frente a la otra. Desde luego, los principios sobre el ejercicio y los efectos de los derechos de desistimiento unilateral, a lo cual se aludirá después, no pueden ser invocados en los contratos B-B, en los que básicamente no se da una situación estructural de desventaja. En cambio, podrían ser aplicados a otros sectores sin necesidad de grandes cambios (aunque esto siempre es una cuestión de oportunidad legislativa), en la medida en que pueda apreciarse un desequilibrio parecido en las situaciones por ellos reguladas. Seguramente, su ubicación correcta está en el Derecho contractual general y no en el sector específico de la protección al consumidor.

2. CONDICIONES PREVIAS DE EJERCICIO

El derecho de desistimiento se regula con relación a situaciones muy específicas y en cada una de ellas con muy diferentes prerequisites de ejercicio. Tal diversidad impide formular una regla general con suficiente precisión. De todas maneras, en las discusiones sobre la redacción del marco común de referencia, valdría la pena considerar la necesidad de alcanzar mayor coherencia en tal regulación, precisamente sobre la base de generalizar las condiciones de ejercicio en los casos en que el desistimiento se base en un fundamento jurídico común. Esto afecta, por ejemplo, a las directivas sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales y a distancia y a la Directiva sobre servicios financieros a distancia. La primera de estas normas se aplica a los «contratos

negociados fuera de establecimientos comerciales», según el título oficial en castellano. Pero resulta que las ventas a distancia y la contratación de servicios financieros a distancia tampoco se negocian en el establecimiento del profesional y, desde luego, debe reconocerse que, en estos casos, el consumidor también expresa su deseo de celebrar un contrato fuera del establecimiento comercial del empresario. Concuerdan, pues, los derechos de desistimiento de los artículos 5 de la Directiva sobre contratación fuera de establecimientos comerciales, y 6 de la Directiva sobre contratos a distancia porque ambos preceptos reconocen los riesgos que existen para el consumidor cuando un contrato se celebra fuera del establecimiento comercial («*out of shop contracts*»). En tales situaciones, el consumidor está generalmente menos preparado para las negociaciones contractuales y menos informado acerca de cuestiones que pueden resultar fundamentales, de lo que lo está generalmente el comprador que entra en el establecimiento comercial del profesional. Por tanto, se produce un desequilibrio estructural en la negociación. Cada una de las tres directivas trata de compensarlo mediante el otorgamiento de un periodo de reflexión («*cooling off period*») y un derecho de desistimiento unilateral para cada situación concreta. Suponiendo que políticamente fuera aceptable la extensión de la protección al consumidor, el establecimiento de una regla general que incluyera los supuestos que hoy regulan las tres directivas podría favorecer una mayor coherencia en el Derecho contractual europeo en este área. Tal regla podría ser del tenor siguiente: «*[E]l consumidor está legitimado para resolver el contrato de suministro de bienes o servicios, incluyendo los servicios financieros, siempre que la aceptación del contrato fuera realizada fuera del establecimiento comercial del profesional*»⁵⁷.

3. EJERCICIO

Numerosas previsiones del *acquis* dispensan a la parte que puede ejercer el derecho de desistimiento de la alegación de motivo alguno para su ejercicio⁵⁸. En consecuencia, el marco común de referencia podría contener una regla general, aplicable a los distintos tipos de desistimiento, del siguiente tenor: «*Es requisito de efi-*

⁵⁷ Tal regla podría ser ampliada por la lista de exenciones que corresponden al artículo 3.2 de la Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20) y art. 3 Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21).

⁵⁸ V. gr. art. 5 (1) Directiva sobre tiempo compartido (*op. cit.* nota 55); art. 6 (1) Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21); art. 6 (1) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39). El hecho de que no tenga que alegarse razón algu-

cacia del desistimiento que su ejercicio sea comunicado a la parte contractual contra la que éste se dirige. No debe alegarse causa o razón».

En relación con la forma de ejercicio, no es posible obtener un principio general de las Directivas analizadas. En parte, algunas mencionan el requisito de la escritura a propósito del plazo de ejercicio⁵⁹; pero esto no significa que la forma escrita sea un requisito de validez⁶⁰. Si el *acquis communautaire* no contiene previsiones explícitas en este ámbito es porque los Estados miembros tienen competencia para regular tales requisitos formales⁶¹. Ahora bien, ello no significa que este tema no deba tener ningún tipo de cobertura en el marco común de referencia. Lo que ocurre es que, en este caso, la lógica exige acudir a las experiencias de los Estados miembros y analizar las soluciones que éstos han proporcionado con la transposición de las Directivas comunitarias en sus ordenamientos jurídicos nacionales.

4. NOTIFICACIÓN Y REQUISITOS TEMPORALES

a) Notificación. Consecuentes con la finalidad de protección de la parte contractual débil mediante el establecimiento de deberes precontractuales de información impuestos a uno de los contratantes⁶², las directivas del Derecho de consumo que confieren un derecho de desistimiento a los consumidores disponen la necesidad de que éstos sean informados de su existencia. En general existen algunos principios comunes en relación con la forma y el contenido de tal notificación⁶³. En cuanto a la forma, se establece como norma la escritura, a pesar de que tal requisito es definido de manera sustancialmente diferente en cada directiva. En relación con el contenido, la mayoría dispone que la parte débil debe ser informa-

na para desistir del contrato implica una absoluta «libertad de motivación». Puede también deducirse implícitamente de tales provisiones que aunque no deba alegarse razón alguna, desde luego sí que es preciso proporcionar algún tipo de declaración a la otra parte contractual.

⁵⁹ *V. gr.* en art. 5 (2) Directiva sobre tiempo compartido (*op. cit.* nota 55).

⁶⁰ En relación con la Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20) *Cfr.*, sobre este punto, STJCE de 22 abril de 1999, caso C-423/97 (*Travel Vac*), Rec. 1999, I-2195, par. 51.

⁶¹ Art 5 (1) Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20); art. 5 (2) (1) Directiva sobre tiempo compartido (*op. cit.* nota 55); art. 6 (6) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39).

⁶² *Vid.* III.

⁶³ Art 4 (1) Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20): «informar por escrito»; art. 3 (1) Directiva sobre tiempo compartido (*op. cit.* nota 55): «documento»; art. 5 (1) (2), 1^{er} guión Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21): «información escrita»;

da sobre su derecho a ejercer un derecho de desistimiento de forma «clara y comprensible»⁶⁴, así como de los plazos⁶⁵ y la dirección a la que debe hacerlo llegar⁶⁶. Con todo, falta uniformidad en la terminología.

En cualquier caso, es importante fijarse en la finalidad a que responde tal regulación, que no es otra que la de asegurar que la parte con derecho a ejercer el derecho de desistimiento parte de un mínimo conocimiento y comprensión que le permite tomar una decisión sobre si quiere o no ejercitarlo. Además, es obvio que tales previsiones también tienen por objeto facilitar la prueba. En base a lo dicho, podría ser tenida en cuenta una norma sobre notificación del siguiente tenor: «[L]a parte beneficiada con un derecho de desistimiento debe ser informada adecuadamente por la contraparte de su existencia. La información es adecuada si advierte por escrito, en un lenguaje claro y comprensible, sobre el derecho de desistimiento, el período de ejercicio y el nombre y dirección de la persona contra quien aquél puede ser ejercido.»

b) *Límites temporales.* Las previsiones del Derecho comunitario difieren considerablemente en lo que concierne al plazo en el que debe ser ejercido el derecho de desistimiento. Con todo, pueden perfilarse algunos principios comunes. El principio en virtud del cual el plazo para ejercer el derecho de desistimiento no comienza antes de la conclusión del contrato se deduce en parte de la literalidad de algunas directivas [por ejemplo, el art. 6 (1) Directiva sobre ventas a distancia, expresamente para los servicios e indirectamente para el suministro de bienes; también, de manera parecida, art. 6 (1) Directiva sobre servicios financieros a distancia y art. 5 (1) Directiva sobre tiempo compartido] y, en parte, de la finalidad de las normas. Si no fuera así, el contratante que tuviere derecho a desistir lo perdería incluso antes de que las obligaciones contractuales hubiesen sido contraídas. Con todo, esto no excluye la existencia de otras provisiones que establezcan la posibilidad de un *dies a quo* posterior, siempre en función de las necesidades específicas de protección. Así, por ejemplo, artículo 6 (1), 1^{er} guión de la Directiva sobre venta a distancia: «en el caso de los bienes, a partir del día de recepción de los mis-

art. 5 (1) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39): «en papel u otro soporte duradero».

⁶⁴ *Vid.* art. 4 (2) Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21); art. 3 (2) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39).

⁶⁵ Art 4 (1) Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20); art. 3 (1) (3) a) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39).

⁶⁶ Art 4 (1) Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20); Art 3 (1) en relación con el Anexo letra l) Directiva sobre tiempo compartido (*op. cit.* nota 55).

mos por el consumidor»; artículo 35 (1) Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida «a partir del momento en que se informe al tomador de que se celebra el contrato.»

Tanto la Directiva sobre ventas a domicilio [art. 5 (1)] como la Directiva sobre comercialización de servicios financieros a distancia [art. 6 (1) 2.º inciso, 2.º guión] vinculan el comienzo del plazo de desistimiento a la existencia de una notificación. En otras directivas, es la duración y no el comienzo del plazo para ejercer el desistimiento lo que queda condicionado a la existencia de notificación [art. 5 Directiva sobre tiempo compartido; art. 6 (1) Directiva sobre contratos a distancia]. Ambos planteamientos se basan en los mismos principios: en primer lugar, el cocontratante debe notificar al afectado el derecho de desistimiento; en segundo lugar, la falta de notificación provoca la prórroga del ejercicio de tal derecho. Cuando lo que falte sea otro tipo de información, no referida propiamente a la existencia de un derecho de desistimiento, las normas que regulan los requisitos de la información precontractual pueden prever la prórroga del derecho de desistimiento hasta que la información en cuestión no sea proporcionada.

Junto a tales principios, el artículo 6 (1), 3 Directiva contratos a distancia establece que para los contratos de suministro de bienes —en la práctica muy frecuentes— el *dies a quo* sólo comienza a partir del momento en que los bienes han llegado a poder de la parte beneficiada con el derecho.

En fin, tampoco se debe perder de vista que un Derecho contractual coherente exige la mayor uniformidad en la regulación sobre el periodo de ejercicio del desistimiento, naturalmente salvando siempre las concretas situaciones que requieran un trato especial. Tal uniformidad es inexistente actualmente. Los periodos fijados en las diferentes directivas oscilan entre los siete ⁶⁷, diez, catorce o treinta días ⁶⁸ y de ahí cabe deducir un principio general en virtud del cual el *acquis communautaire* garantiza adecuadamente la existencia de un periodo de reflexión (*cooling off period*) que permita recabar nueva información. Ahora bien, siendo así, en el marco común de referencia sería necesario considerar la posibilidad de establecer un plazo estándar que, además, no tendría por qué ser necesaria-

⁶⁷ Art 5 (1) (1) Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20): «días»; art. 6 (1) (1) Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21): «días laborables».

⁶⁸ Art 5 (1), 1º guión Directiva sobre tiempo compartido (*op. cit.* nota 55): «10 días naturales»; art. 6 (1) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39): «14 días naturales», «30 días naturales».

mente de siete días. A partir del examen de las normas de transposición en los Estados miembros, convendría mejor el de catorce días, sin perjuicio, como ya se ha advertido, de las salvedades que deban realizarse en base a necesidades de protección específicas.

En definitiva, el marco común de referencia debería promover una regla más coherente y una estructura más clara del tipo: «[A] *no ser que se establezca lo contrario, el beneficiado con el derecho de desistimiento puede ejercerlo durante un plazo de 14 días tras la conclusión del contrato y una vez haya sido notificado de la existencia de tal derecho. Adicionalmente, si el contrato tiene por objeto el suministro de bienes, el plazo de 14 días no comienza a contar hasta que las mercancías han sido enviadas.*

c) *¿Plazo máximo de ejercicio?* No está claro que sea necesario establecer un período máximo para el ejercicio del derecho de desistimiento. El establecimiento de tal tipo de límites tendría relevancia si la parte a la que beneficia el derecho no hubiese sido informada de su existencia. En este caso, el derecho de desistimiento podría terminar como muy tarde tres meses después de la conclusión del contrato, tal y como prevén algunas directivas⁶⁹. Por el contrario, otras normas comunitarias no prevén tales límites⁷⁰.

En relación con una de las que no contenía límite alguno, el TJCE estableció, en el asunto *Heininger*⁷¹, que limitar a 6 meses el plazo de ejercicio⁷² no era compatible con el Derecho comunitario. En aras a la coherencia del Derecho contractual comunitario, el marco común de referencia debería establecer un plazo uniforme que podría ser modificado para algún derecho de desistimiento en particular, supuesto que hiciera falta una protección especial. Teniendo en cuenta cuál es el propósito general de los derechos de desistimiento, esto es, asegurar a la parte débil suficiente información para que pueda actuar en consecuencia, sería preferible seguir el modelo establecido en la Directiva sobre ventas a domicilio y servicios financieros a distancia y prescindir, por tanto, de fijar una duración máxima para el ejercicio del derecho.

⁶⁹ V. gr: Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21), Directiva sobre tiempo compartido (*op. cit.* nota 55).

⁷⁰ V. gr: Directiva sobre ventas a domicilio (*op. cit.* nota 20), Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39).

⁷¹ STJCE de 13 diciembre de 2001, Caso C-481/99 (*Georg Heininger and Helga Heininger/Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*), Rec 2001, I-9945.

⁷² Como el § 355 (3) de la anterior versión del BGB.

d) *El envío de la declaración de desistimiento.* Para entender ejercido el derecho en los plazos requeridos, varias directivas establecen que basta con enviar la declaración antes de que éstos expiren. Efectivamente, tanto los términos con que se expresan las directivas (por lo demás, no siempre demasiado precisos) como, muy especialmente, la finalidad que éstas persiguen (que no es otra que la protección del consumidor), sugerirían adoptar la regla según la cual para la efectividad del derecho sería suficiente con que se expidiera la declaración de voluntad en el periodo exigido, igual que en *Adams v. Lindsell (1818) 1 B & Ald 681* ⁷³. Tomando esto en consideración, un principio de carácter general para los derechos de desistimiento en el Derecho europeo podría ser del siguiente tenor: «[L]a declaración de desistir del contrato es eficaz desde el mismo momento en que se emite». La simple emisión, pues, sería suficiente para liberar al consumidor de los pedidos ya realizados con base en el contrato celebrado previamente. Además, que la otra parte soporte el riesgo de que la declaración de desistimiento se pierda, es algo congruente con la literalidad y el propósito de las directivas. Más problemático sería, sin embargo, que se le obligara a devolver el pedido recibido tan pronto como la declaración de desistimiento fuera emitida y no una vez que fuera recibida por la contraparte (o fuera razonable confiar en que la hubiera recibido). Para evitar equívocos, sería conveniente precisar tal extremo.

5. EFICACIA

Las directivas parten de la consideración de que una vez ejercitado el derecho, cesan las obligaciones derivadas del contrato y las prestaciones ya ejecutadas deben ser devueltas o reembolsadas ⁷⁴. De todas maneras, como consecuencia de la falta de uniformidad tanto en las normas comunitarias como en las de transposición en los Derechos nacionales, no está nada claro en base a qué argumento ello es así. De la relativamente reciente directiva sobre contratos a distancia se deduce que durante el periodo de ejercicio del derecho de desistimiento, el titular del mismo puede incluso reclamar a la contraparte el cumplimiento del contrato; por tanto, éste es ya *ab initio* eficaz y los efectos se prolongan hasta el mismo momento de ejercicio del desistimiento ⁷⁵. Esto se corresponde con la exigencia

⁷³ En contraste con la regla según la cual la declaración es eficaz cuando razonablemente puede esperarse que ha llegado al destinatario.

⁷⁴ Cfr. v. gr. art. 6 (2) (1) Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21); artículo 7 (4) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39).

⁷⁵ Cfr. art. 6 (1) (3) en relación con el artículo 7 (1) Directiva sobre ventas a distancia (*op. cit.* nota 21); sin embargo, el art. 6 (1) (3) Directiva sobre servicios financieros a distancia (*op. cit.* nota 39) es diferente porque permite que los Estados miembros, además del derecho de rescisión, establezcan que se suspenda la aplicabilidad de los contratos a distancia relativos a servicios de inversión durante el plazo previsto.»

de garantizar, durante el periodo de *cooling off*, una posición contractual segura con la que se vincula la legitimación para ejercer cualquier acción contra la otra parte. En definitiva, en la directiva sobre contratos a distancia, el derecho de desistimiento no impide que el contrato despliegue efectos aunque, desde luego, se trate de una eficacia claudicante hasta que desaparezca la posibilidad de desistir unilateralmente del mismo.

Quizás no sea conveniente incorporar en el marco común de referencia todos los efectos derivados del ejercicio del derecho de desistimiento y acaso sea más efectivo definirlos sólo de manera ambigua. Sin embargo, seguramente no bastará con redactar una norma que establezca que, una vez ejercido el derecho, cesan las obligaciones derivadas del contrato y que las prestaciones ya ejecutadas deben ser devueltas o reembolsadas. Convendría añadir una regla especial para las situaciones previas a la celebración del contrato porque eso permitiría establecer con claridad (y con independencia de la construcción dogmática y doctrinal sobre cuáles deban ser los efectos del desistimiento) que el desistimiento antes de la conclusión del contrato priva de eficacia a la previa declaración dirigida a celebrarlo. En definitiva, cuando se revoca la declaración de voluntad antes de que se haya celebrado el contrato éste no llega a existir y, por tanto, tampoco las obligaciones para las partes.

El desistimiento que tiene lugar tras la conclusión del contrato plantea todavía otras cuestiones distintas en relación con la restitución del *statu quo ante*. Hay que establecer cómo ésta debería llevarse a cabo, entre otras consideraciones. A este respecto, quizás fuera apropiado recurrir a las reglas establecidas tanto en la Directiva sobre garantías en las ventas de consumo, como en la Convención de Viena y los PECL sobre resolución de los contratos, aportando, en todo caso, las modificaciones necesarias para respetar las peculiaridades que en cada caso se consideren precisas. En particular, debe tenerse en cuenta que los efectos derivados del desistimiento no deben ser disuasorios de manera que no debería admitirse la imposición de cláusulas penales u otro tipo de sanción para el caso de que el beneficiado decida ejercerlo. También debería tenerse presente que existen determinadas prestaciones de servicios que por su naturaleza no pueden ser devueltas; y, finalmente, se debe igualmente contar con los costes derivados del contrato o la restitución de las prestaciones.

Una norma coherente que tenga en consideración todos estos efectos debería contener la previsión siguiente: «(1) [C]uando se ejerce eficazmente el derecho de desistimiento antes de la celebración del contrato, queda sin efecto la previa declaración del titular

dirigida a concluirlo. (2) Si la declaración de desistimiento se ejerce tras la conclusión del contrato, cesan las obligaciones derivadas del mismo. Cualquier prestación cumplida debe ser restituida. Tienen en ese caso aplicación las normas sobre resolución del contrato».

VI. CONCLUSIONES

Como todo lo que hasta aquí se ha dicho demuestra, es posible desarrollar principios generales sobre la formación del contrato, a partir de distintas disposiciones del derecho contractual comunitario sobre distintas políticas y sectores.⁷⁶ El Derecho comunitario es una fuente básica y el principal punto de partida para la elaboración de un Derecho contractual europeo más coherente, del cual se deduce la existente de principios tales como la libertad contractual, la no discriminación por razón de raza, origen étnico o género, y el de salvaguarda del equilibrio contractual cuando uno de los contratantes recibe la consideración de parte débil⁷⁷. Otras fuentes de consulta igualmente necesarias para la elaboración del marco común de referencia son los estudios de Derecho comparado, que destacan la existencia de principios comunes a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, sobre todo, los PECL y otros estudios comparativos más recientes.

Pero, con el fin de incorporarlas en el marco común de referencia, existe todavía la posibilidad de desarrollar y ampliar las normas que ya existen en el *acquis communautaire* y eso con el fin de incorporarlas en el marco común de referencia. Debe procurarse, eso sí, que de las normas y principios del Derecho contractual general queden netamente diferenciados las normas y principios relativos al Derecho de consumo, porque sólo algunos principios de este último sector del Derecho se basan en algunos de los del primero. En cualquier caso, la generalización de lo que hasta ahora son sólo provisiones fragmentarias depende en buena medida de las opciones de política jurídica que se manejen, tal y como ha quedado demostrado con el ejemplo de la posible generalización del deber de información en los contratos⁷⁸. Una regla de alcance general, no limitada al Derecho de consumo, pero en cuyo origen se encuentra la noción de expectativa «razonable» o «legítima», quizás permita obligar al profesional a proporcionar información a la parte con la que contrata, acerca de los bienes que deben serle entregados o el servicio que ha de llevarse a cabo, según lo que razonablemente pudiera aquélla

⁷⁶ Cfr. Par. 4 del Plan de Acción (nota 1).

⁷⁷ *Vid.* II 1, 2, 3.

⁷⁸ *Vid.* III.

esperar, teniendo en cuenta la calidad y el cumplimiento que sería normal, atendidas las circunstancias del caso.

En relación con la formación del contrato, el principio, que ya se encuentra en el *acquis communautaire*, según el cual la vinculación contractual se basa en el acuerdo de voluntades, legitima para adoptar una regla con contenido similar al del artículo 2:201 PECL. Coinciden, pues, en este aspecto, tanto el *acquis communautaire* como los PECL. Ambos admiten la concurrencia de la oferta y de la aceptación como patrón básico en materia de formación de contrato, pero también coinciden en la admisibilidad de otras formas⁷⁹. Efectivamente, nada hay en el *acquis communautaire* que indique que el esquema oferta-aceptación es el único posible. Y una regla como la que presenta el artículo 2:211 PECL para nada contradiría el acervo comunitario existente. El precepto es importante porque toma en consideración el desarrollo y las necesidades de la práctica comercial moderna. Otras normas procedentes de esas mismas fuentes básicas que servirían para reforzar las que ya existen en el *acquis communautaire*, son las referidas a los requisitos y a las diferentes fases de formación de los contratos. En cuanto a la invitación a hacer ofertas y la oferta pública, los artículos 14 (2) CISG –señalada en el Plan de Acción como una «fuente básica»⁸⁰– y 2:201 (3) PECL se contradicen. El principio comunitario que tiene en cuenta las legítimas expectativas indica que debe primar la presunción de que existe una oferta y, en este punto, de conformidad también con lo establecido en los PECL. Aun más, teniendo en cuenta la práctica y la transposición de directivas en algunos Estados miembros⁸¹, sería igualmente aconsejable considerar el efecto vinculante de las promesas unilaterales, aunque quizás con mayores exigencias de las que hoy plantea el art. 2:107 PECL.

El Derecho comunitario otorga una importancia nada desdeñable en el proceso de formación del contrato a los anuncios y a la publicidad, puesto que las declaraciones públicas precontractuales, realizadas a través de anuncios publicitarios o en el etiquetado, pueden tener efecto vinculante. Esto es así, tanto si se contemplan las declaraciones de uno de los contratantes como las emitidas por un tercero (especialmente, productores y organizadores) en cierto tipo de contratos (ventas de consumo o viajes combinados). Puesto que la venta de viajes combinados a profesionales también cae dentro del ámbito de aplicación de esta directiva, resulta que el efecto vinculante de las declaraciones públicas no puede ser considerado una regla del *acquis communautaire* exclusiva de los contratos con no profesionales. Por

⁷⁹ Vid. IV 1, 2.

⁸⁰ Par. 63 del Plan de Acción (*op. cit.* nota 1).

⁸¹ Sobre el Derecho nórdico y el Derecho alemán, *op. cit.* nota 53.

otro lado, determinados Estados miembros aplican las previsiones de la directiva de venta de bienes de consumo a todos los contratos de venta (contratos B-B) ⁸², lo cual demuestra que, en la práctica, la regla es susceptible de generalización. Valdría la pena, pues, que el marco común de referencia también la adoptara con carácter general, como mínimo en relación con las declaraciones públicas llevadas a cabo entre los profesionales ⁸³ (es decir, aplicable a los contratos B-B, aunque con carácter imperativo sólo a los contratos B-C).

En relación con el desistimiento unilateral, el Derecho comunitario presenta muchas más novedades que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros o los PECL. El derecho a desistir del contrato se encuentra regulado en una pluralidad de directivas ⁸⁴ en las que existe una situación de desequilibrio contractual. Tal derecho salvaguarda la libertad contractual, desde el momento en que legitima al beneficiado con él a desistir del contrato sin necesidad de alegar motivo alguno. Este principio básico del *acquis communautaire* sólo encuentra reconocimiento expreso en el ámbito del Derecho de consumo y, por tanto, no se aplica en casos en los que no existe una posición de preeminencia de una parte sobre la otra (como sucede generalmente en los contratos B-B), aunque sí que podría quizás extenderse a otras situaciones en las que pudiera apreciarse la existencia de un desequilibrio estructural.

A la hora de elaborar el marco común de referencia hay que tener en cuenta que, en esta materia, la coherencia sólo puede conseguirse dentro de unos límites. De entrada, no parece posible redactar una regla general que contemple las condiciones previas de ejercicio de todos los derechos de desistimiento. Con todo, sí que vale la pena crear una regla que obedezca a una especie de principio rector de la «comercialización fuera de los establecimientos comerciales», a base de armonizar los derechos de desistimiento en las ventas a domicilio, las ventas a distancia o la comercialización de servicios financieros a distancia ⁸⁵. En todo caso, la coherencia de las normas sobre desistimiento deberá incidir en aspectos tales como: quién está legitimado para ejercerlo, dentro de qué plazos, y con qué efectos. Es posible extraer el núcleo común que subyace en todas las disposiciones que hoy regulan el ejercicio de tal derecho y luego aplicarlo a todos los derechos de esta naturaleza existentes en el Derecho contractual europeo ⁸⁶.

⁸² Cfr. IV 3.

⁸³ Cfr. Además, art. 6:101 (2) y (3) PECL.

⁸⁴ *Op. cit.* notas 55 y 58.

⁸⁵ *Vid.* V, 2.

⁸⁶ Sobre las reglas concretas, *vid.* V 3, 4, 5.

Para concluir: se ha evidenciado que las reglas que se obtienen del *acquis communautaire* permiten la creación de numerosos principios en áreas de gran importancia para la formación del contrato y los deberes precontractuales y que éstas no se circunscriben al ámbito de aplicación de una simple directiva, sino que abarcan aspectos generales del Derecho contractual europeo. Naturalmente, la concentración de tales reglas varía en función de las áreas del *acquis communautaire* que se analicen y que luego deban ser cubiertas por el marco común de referencia. Siendo claro que tales normas deberán completarse con las que proceden de otras «fuentes básicas» y, especialmente, los estudios de derecho comparado y el análisis de jurisprudencia ⁸⁷, no lo es menos que los principios derivados de estas últimas deben ser cuidadosamente confrontados con los del *acquis*. Mucho más ahora que, como reacción a los nuevos retos que plantea la economía moderna, el Derecho comunitario aporta novedades significativas en determinadas materias –tal y como se ha subrayado anteriormente mediante algunos ejemplos. Es evidente, pues, que la evolución y posterior desarrollo del Derecho contractual europeo no deberá basarse sólo en las tradiciones comunes de los Estados miembros, sino también en los principios inherentes al *acquis communautaire*.

RESUMEN

*Para el desarrollo de un futuro Derecho europeo de contratos y la elaboración del Marco Común de Referencia deben tenerse en cuenta principios fundamentales del Derecho comunitario, tales como la libertad de contratación, la prohibición de discriminación por razón de raza, género u origen étnico, y la protección de la paridad contractual en situaciones de desequilibrio. Pero, además, el Derecho contractual comunitario ofrece un conjunto de reglas en materia de deberes precontractuales y de formación del contrato que, desde luego, también deben tomarse en consideración, supuesto, además, que, frecuentemente, son mucho más novedosas de lo que puedan serlo las reglas de Derecho contractual de los Estados miembros. Por ejemplo, en relación con los deberes de información, la vinculación de determinadas declaraciones precontractuales o los derechos de desistimiento. El Marco Común de Referencia debe, pues, construirse no sólo a partir de las tradiciones comunes de los Estados miembros, sino también a partir de los principios propios del *acquis communautaire*.*

⁸⁷ Cfr. Par. 63 del Plan de Acción (*op. cit.* nota 1).